

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS

**A RECUPERAÇÃO DE EMPRESA: a arbitragem como
alternativa à tutela judicial na recuperação de empresa.**

BRASÍLIA

2011

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS

**A RECUPERAÇÃO DE EMPRESA: a arbitragem como
alternativa à tutela judicial na recuperação de empresa.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCeub.
Orientador: Prof. Marcelo Barreto

BRASÍLIA

2011

DEMÉTRIO WEILL PESSÔA RAMOS

**A RECUPERAÇÃO DE EMPRESA: a arbitragem como
alternativa à tutela judicial na recuperação de empresa.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCeub.
Orientador: Prof. Marcelo Barreto

Brasília, 06 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Marcelo Barreto
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente trabalho visa averiguar a possibilidade de utilizar-se o instituto da arbitragem no âmbito da recuperação de empresa, tanto na forma judicial quanto extrajudicial. Para tanto, estudou-se a doutrina referente à recuperação de empresa e a arbitragem, identificando os seus procedimentos, os seus órgãos, a natureza de ambas, os seus elementos e requisitos, de forma a possibilitar a aferição da compatibilidade desses institutos. Compatíveis os institutos, passou-se à análise da forma como a arbitragem pode ser utilizada em meio a uma recuperação judicial ou em meio a uma recuperação extrajudicial. Por fim, sendo possível o procedimento arbitral em meio a uma recuperação de empresa, e identificado os procedimentos necessários a tal fim, delimitou-se as vantagens obtidas pela utilização dessa alternativa, de forma que o instituto pudesse colaborar para a recuperação da empresa em crise, a manutenção a sua fonte produtora, dos empregos e o cumprimento de suas obrigações com os credores.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Recuperação de empresa. Recuperação Judicial. Recuperação Extrajudicial. Arbitragem.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.....	10
1.1 A viabilidade da empresa.	12
1.2 Recuperação judicial.....	14
1.2.1 Créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial.	16
1.3 Recuperação extrajudicial.	17
1.3.1 Dos créditos sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.	18
2 ORGÃOS NOS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.	19
2.1 Comitê de credores.	19
2.2 Assembléia geral de credores.	20
2.3 Administrador judicial.	22
2.4 Ministério Público.	24
2.5 O juiz.	27
3 ARBITRAGEM.....	31
3.1 Cláusula compromissória.....	35
3.2 Compromisso arbitral.	36
3.3 Da extinção da arbitragem.	36
4 A ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.	38
4.1 Natureza dos institutos da recuperação de empresa e da arbitragem.....	38
4.2 A compatibilidade entre os requisitos da arbitragem e a recuperação de empresa.	39
4.2.1 A arbitragem e a recuperação extrajudicial de empresa.	40
4.2.2 A arbitragem e a recuperação judicial de empresa.....	43
4.3 Vantagens da utilização da arbitragem na recuperação de empresas.	46
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO.

A Lei nº 11.101/05, de falências, recuperação judicial e extrajudicial, tem sido alvo de muitas discussões a respeito da sua distancia para com o juízo arbitral, havendo autores que criticam a posição do legislador de não ter previsto o procedimento da arbitragem, de forma que não consagrou a mediação, a tentativa de acordo, inerentes ao juízo arbitral e tão necessário em um processo de recuperação de empresa.

A arbitragem surge como alternativa à tutela estatal, pois esta padece de um complexo sistema recursal, resultando em morosidade, assim como padece o judiciário de especialização para recuperar uma empresa com sucesso.

O tema justifica-se ao passo que nos processos de recuperação de empresa percebeu-se que os juízes acabam fugindo de sua competência judicante, recebendo encargos de natureza administrativas, o que foge completamente de sua especialização. Percebe-se, além da falta de especialização, um grande empecilho burocrático inerente aos procedimentos judiciais.

Esse procedimento requer do juízo competente conhecimentos específicos que fogem a alçada do Poder Judiciário, o que obriga o juiz a se assessorar de outros profissionais, resultando em mais custos para a recuperação da empresa.

O procedimento da recuperação de empresa está submetido a diversos fatores internos e externos aos quais o Poder Judiciário não pode dar respostas imediatas. Logo, não é pela via judiciária que a empresa vai encontrar respostas e atitudes com a celeridade necessária.

A morosidade do Poder Judiciário não é segredo a ninguém, da mesma forma o juiz não consegue dispensar a atenção necessária ao procedimento de recuperação, visto o excesso de processos que comanda.

O plano de recuperação, por sua vez, mesmo que bem detalhado, não pode prever os acontecimentos futuros e externos à empresa, sendo assim, controvérsias podem surgir durante a execução do plano, devendo ser solucionadas no menor tempo possível.

Exemplo de controvérsia é a definição da competência para o processamento do pedido de recuperação judicial, que é do local do principal estabelecimento do devedor, pois inicialmente deve-se identificar os critérios para se estabelecer qual o principal estabelecimento do devedor.

Identificado o principal estabelecimento do devedor, ter-se-á a competência territorial para processar o pedido de recuperação judicial, porém os fornecedores do devedor, em muitos casos, não têm seus estabelecimentos no mesmo local, dispondo de recursos próprios para ir a juízo.

Obvio que estes custos de deslocamento não se incluem nos créditos sujeitos à recuperação, porém o juiz deve analisar os custos de uma recuperação como um todo, inclusive os gastos dos credores para participarem desta recuperação.

Veja-se que o plano de recuperação tem natureza contratual, portanto aplicam-se os princípios gerais relativos aos contratos, tal qual o princípio da boa-fé objetiva, portanto o juiz não deve apenas ver os custos da recuperação em si, deve se voltar aos custos decorrentes dela também.

Esses contratempos encontrados pela empresa em recuperação, que se submete ao procedimento judicial, vão de encontro com os princípios aplicáveis em um negócio, tal qual a celeridade, a maior produção e o menor custo.

Em face desses contratempos, não é absurdo sugerir que as empresas que necessitem passar pelo procedimento de recuperação procurem, quando puderem, outros meios para solucionar as controvérsias que surjam no decorrer da execução do plano.

A arbitragem pode ser outro meio de solucionar as controvérsias que possam surgir no âmbito da recuperação de uma empresa, pois, nesta, as partes tem maior liberdade.

A doutrina, mesmo que timidamente, já tem reconhecido a possibilidade de utilização da arbitragem na recuperação de uma empresa, havendo, porém, divergências a respeito de sua abrangência, e até mesmo posicionamento contrário a essa utilização, em face de uma suposta complexidade que poderia surgir.

De todo modo, este tema faz parte do Projeto de Lei nº 392/09, em tramite no Senado Federal, de autoria do senador Valdir Raupp, tamanha sua relevância social, merecendo a atenção especial por parte daquela casa legislativa.

Diante das vantagens presentes na utilização do procedimento arbitral, faz-se necessária a análise da compatibilidade daquele instituto com a recuperação de empresa, saber se um não impede o outro, se os seus requisitos são satisfeitos ao serem combinados.

A compatibilidade entre os institutos pode ser total ou parcial, uma vez que no âmbito da recuperação de empresas existem procedimentos obrigatórios que afastam a arbitragem, e, nesse caso, deve-se definir a abrangência desta no seio daquela.

Uma vez existente a compatibilidade entre os institutos, e delimitada a abrangência da arbitragem em meio a recuperação de empresa, será necessário avaliar as vantagens deste procedimento.

Como sabido, as vantagens da arbitragem são muitas, tais quais a liberdade das partes e a celeridade do procedimento, assim como a previsibilidade dos custos. Porém, ao se analisar a compatibilidade dos institutos, vê-se que a Lei 11.101/05 prevê o processamento pela via judicial da recuperação judicial de empresas o que afasta o procedimento arbitral.

No entanto, tal previsão legal não afasta totalmente a arbitragem, havendo espaço para esse procedimento no âmbito da execução do plano de recuperação. Outro fator que pode impedir o procedimento arbitral é a intervenção do Ministério Público na recuperação judicial de empresas, o que indica o interesse público no procedimento afastando a arbitragem.

Porém, a intervenção do Ministério Público não é impeditiva da arbitragem na fase de execução do plano de recuperação judicial da empresa, como se verificará ao longo do estudo.

A recuperação extrajudicial, por sua vez, não prevê como obrigatória a participação do juiz estatal, sendo uma opção, que resulta em benefícios, a homologação do plano de recuperação extrajudicial em juízo.

Da mesma forma, na recuperação extrajudicial não há previsão da participação do Ministério Público, o que autoriza a utilização do procedimento arbitral na recuperação extrajudicial de empresa.

Compatíveis os institutos, a abrangência da arbitragem deve ser analisada, de modo que seja possível delimitar os efeitos da decisão arbitral e como se dará tal procedimento.

Os problemas expostos serão analisados a partir de uma contextualização do procedimento de recuperação de empresa e de um procedimento arbitral, dos seus requisitos e institutos, e da posição doutrinária a respeito, sendo o resultado do estudo uma opção, uma sugestão, àqueles que se encontrem em meio a uma recuperação de empresa.

1 A RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.

O instituto da recuperação de empresa presta-se a preservar a atividade empresarial e, de consequência, empregos e a produção. A importância do instituto revela sua grandeza no mundo capitalista globalizado, como instrumento social de preservação da atividade empresarial de forma que facilita o adimplemento das obrigações pelo devedor.

Rubens Approbato aduz:

Ela se volta a preservar a atividade empresarial, como fonte produtora de bens sociais (empregos, política econômica, geração de bens, produtos, serviços, tributos), “contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do país” (do Relatório do Senador Ramez Tebet, na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal).¹

A lei de recuperação e falências não se presta apenas a salvar o devedor em crise, mas também resguardar os credores que tentam ver adimplidas as obrigações que tinham com o devedor.

A empresa em recuperação necessita de cuidados de especialistas e de procedimentos ágeis, de forma que possa enfrentar sua crise econômico-financeira, ao mesmo tempo em que tenta manter-se competitiva num mercado globalizado.

Para Sebastião José Roque, o instituto falimentar tem origem na Idade Média quando os credores quebravam a banca em que o devedor inadimplente expunha suas mercadorias, seria nesse contexto o nascimento da expressão “quebra” empresarial.²

Posteriormente, há uma transferência da pessoa do devedor para o seu patrimônio o ônus do adimplemento de suas obrigações, e conseqüentemente uma transferência dos poderes dos credores para o judiciário, atribuindo ao instituto uma natureza processual, de direito publico.³

¹ MACHADO, Rubens Approbato. Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 50, p. 7, nov./dez. 2007.

² ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 33.

³ *Ibidem*, p. 33.

Segundo Sebastião José Roque, os institutos falimentares passaram por uma transição, deixando de lado sua natureza punitiva e de vingança dos credores em relação ao devedor, adquirindo nova natureza:

Com a nova Lei de Recuperação de Empresas surgiu nova natureza jurídica, como forma de fazer os credores serem ressarcidos, com a preservação da empresa devedora, para que ela não provoque maiores prejuízos. Os procedimentos da recuperação judicial situam-se no regime jurídico da preservação da empresa para evitar o desemprego maior e manter o contribuinte dos cofres públicos.⁴

Continua o autor:

No tocante à recuperação judicial, podemos dizer, como ponto de partida, ser um conjunto de normas e princípios que visam a salvar as empresas que se encontrem momentaneamente em estado de crise econômico-financeira... Por outro lado, pode ser interpretada como forma de credores satisfazerem seus créditos, de forma mais sensata. Nesse aspecto, revela-se a natureza processual do Direito de Recuperação Judicial, a tal ponto que o nome recebido pelo novo ramo do Direito na França foi o de *Droit des procédures concursales* (=Direito dos Procedimentos Concurrais). Apesar do nome, não se pode exagerar a natureza processual do Direito de Recuperação de Empresa, pois no exame da legislação nota-se claramente a natureza econômica desse ramo do direito, ao visar antes de tudo a empresa.⁵

Portanto, o autor nota a natureza processual e econômica desse ramo do direito. Ou seja, um caráter misto de direito público e privado.

Jorge Lobo, por sua vez, afirma que a Recuperação Judicial não é instituto de direito processual, e sim de direito econômico. Veja-se:

Simpatizo com a corrente que sustenta que, no direito econômico, a regra de direito não se orienta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica, devido à natureza especial da tutela jurídica, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela visar preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico e cogente de suas normas, que se materializam mediante “fato príncipe”, “proibições legais” e “regras excepcionais”, todas projetadas no domínio do direito privado, em que nasceram e se desenvolveram as relações jurídicas entre as partes.⁶

E continua:

⁴ ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 33-34.

⁵ Ibidem, p. 34-35.

⁶ LOBO, Jorge. Recuperação judicial de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org). *Recuperação de empresas: Uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 23.

A recuperação judicial caracteriza-se, sem dúvida alguma, por ser uma técnica, um instrumento, um meio de o Estado privilegiar, “principalmente”, “o interesse comum econômico, de produtividade da economia, e de sua economicidade”, pondo em segundo plano, no dizer de Radbruch, a “justa equiparação entre as pessoas diretamente interessadas” em determinadas relações econômicas.⁷

Porém, a Lei nº 11.101/05 indubitavelmente contém regras de direito processual, assim como não põe em segundo plano os credores e os devedores em relação ao interesse comum econômico.

O professor Marlon Tomazette, por sua vez, nota a natureza contratual do instituto, veja-se:

Embora não haja como negar a importância das regras processuais para os procedimentos da Lei nº 11.101/2005, ousamos discordar de sua natureza processual. Jorge Lobo afirma que não há natureza processual na recuperação porquanto não há citação para responder, mas para opinar, o juiz não decide uma lide, não há revelia, produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento e sucumbência.

[...]

Com efeito, o aspecto contratual se sobressai na recuperação judicial, na medida em que ela representa um grande acordo entre devedor e seus credores. Há, indubitavelmente, um encontro de vontades entre tais sujeitos reforçando a natureza contratual. Não são vontades paralelas, mas vontades que se cruzam, vale dizer, há uma oposição de interesses que entram em acordo para recuperar a empresa.⁸

A lei de recuperação de empresas, sem dúvida, possui normas de direito processual e material, possui também um viés econômico, porém a sua natureza preponderante é a contratual, uma vez que visa o acordo entre as partes, com um fim determinado, um objeto, qual seja a recuperação da empresa em crise.

1.1 A viabilidade da empresa.

A empresa em crise a ser beneficiada pelo instituto da recuperação deve comprovar, além dos requisitos legais, sua viabilidade. Análise da viabilidade da empresa é que dirá quais empresas poderão ser recuperadas e quais deverão ser liquidadas. Assim aduz Fábio Ulhoa Coelho:

⁷ LOBO, Jorge. Recuperação judicial de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org). *Recuperação de empresas: Uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 23.

⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2011. p. 55-56.

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.

Como é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas.⁹

O autor vê a socialização dos custos da recuperação como principal causa para que o judiciário seja criterioso ao definir as empresas a serem recuperadas, porém todas as relações privadas, mesmo que intimamente, têm repercussões na sociedade, portanto não é este o principal motivo para que o judiciário tenha que avaliar a viabilidade da empresa.

O professor Marlon Tomazette tem outro enfoque para a necessidade de avaliação da viabilidade da empresa e cita professor Fábio Ulhoa:

[...] a experiência nos mostra que, em muitos casos, a crise não poderá ser superada. Diante disso, não há outro caminho a não ser o da liquidação patrimonial, porquanto, se tal liquidação não ocorrer, a manutenção de uma empresa inviável no mercado pode gerar prejuízos ainda maiores.

Fábio Ulhoa Coelho afirma, com razão, que “quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores”. Não há como negar que a manutenção dessas empresas inviáveis gera mais efeitos perniciosos do que sua liquidação patrimonial, a qual, portanto, representará o melhor caminho a ser seguido.¹⁰

O autor, por sua vez, identifica a possibilidade de haver prejuízos maiores como causa para a necessidade de avaliação a viabilidade da empresa. A análise da viabilidade da empresa deve visar os objetivos da recuperação da empresa, qual seja, a manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores.

Para Antonio Carlos Esteves Torres, a análise de viabilidade da empresa, a qual chama de viabilidade recuperativa, se dá desta forma:

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: Direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 369.

¹⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

A viabilidade se materializa no cotejo entre a remuneração dos fatores de produção e a cobertura dos respectivos riscos, de modo que, as perdas inevitáveis possam ser distribuídas entre devedor e credores, para permitir o retorno ao fluxo positivo de caixa.¹¹

Torres, porém observa a análise da viabilidade recuperativa de forma restrita, reduzindo tal análise a percepção de uma distribuição desnecessária de perdas.

Nesse diapasão, tem-se que aquelas empresas que não têm condições de manter os empregos, a fonte produtora ou satisfazer os interesses dos credores deverão ser liquidadas, de forma que não provoquem maiores prejuízos, que não haja a distribuição desnecessária das perdas e reflexos prejudiciais à sociedade.

1.2 Recuperação judicial.

O procedimento da recuperação judicial tem seu início obrigatoriamente pela via judicial. O professor Marlon Tomazette assim define o instituto:

[...] a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises das empresas viáveis. Assim, podemos estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: (a) série de atos; (b) consentimento dos credores; (c) concessão judicial; (d) superação da crise; e (e) manutenção das empresas viáveis.¹²

Os atos têm seu início com o pedido do devedor ao juiz do benefício da recuperação judicial instruídas com a exposição de motivos e documentos relacionados no art. 51 da Lei nº 11.101/05.

O juiz, verificando a conformidade da petição com o citado dispositivo legal, e o preenchimento dos requisitos subjetivos pelo devedor, conforme o art. 48 da Lei nº 11.101/05, deferirá o processamento da recuperação judicial. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, essa é a fase postulatória.¹³

No despacho que deferir o processamento da recuperação, o juiz, conforme o art. 52 da Lei nº 11.101/05, nomeará o administrador judicial; determinará a dispensa da

¹¹ TORRES, Antônio Carlos Esteves. Dos poderes do juiz na nova lei de falências. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 458, nov./dez. 2005.

¹² TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2011. p. 42.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: Direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 378.

apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades; ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor; determinará ao devedor que apresente contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação; intimará o Ministério Público e as Fazendas Federais, Estaduais e Municipais onde o devedor tiver estabelecimento; e, por fim, a publicação de edital com o resumo do pedido do devedor, a relação nominal dos credores e a advertência acerca dos prazos para habilitação de crédito e para impugnação ao plano de recuperação.

O devedor terá 60 (sessenta) dias para apresentar o plano de recuperação judicial, que na visão de Rubens Approbato é o “coração” do processo, contados a partir da publicação do despacho que deferir o seu processamento. O plano deve conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação, a demonstração da viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, conforme o art. 53 da LRF.¹⁴

O juiz, ao receber o plano de recuperação, determinará a publicação de edital intimando os credores, caso queiram, a manifestarem suas objeções ao plano no prazo de 30 dias. Na data de publicação do edital com a relação de credores, caso ainda não tenha sido publicado o edital com o aviso de recebimento do plano, o prazo começará a contar da data de publicação de do edital com a citada relação, assim dispõe o parágrafo único do art. 53 c/c o art. 55 da LRF.

O art. 56 da LRF dispõe que o juiz, caso receba alguma objeção ao plano de recuperação, convocará a assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano, e esta poderá aprovar, rejeitar ou alterar o plano com a concordância do devedor.

O juiz concederá a recuperação judicial caso o plano de não tenha objeções ou tenha sido aprovado pela assembléia geral de credores. O § 1º do art. 58 da LRF confere ao juiz a possibilidade de conceder a recuperação judicial mesmo que não tenha havido a aprovação do plano pelo *quorum* qualificado do art. 45 da citada lei, sendo necessária a aprovação alternativa constante nos seus incisos. Caso não haja a aprovação pelo quorum

¹⁴ MACHADO, Rubens Approbato. Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 50, p. 9, nov./dez. 2007.

qualificado e nem pelo alternativo, o plano será rejeitado e será decretada a falência do devedor. Fabio Ulhoa Coelho chama essa fase de deliberativa.¹⁵

Para o citado autor, a última fase é a de execução, que tem prazo de 2 (dois) anos. Caso haja o descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, esta poderá ser convolada em falência.

1.2.1 Créditos sujeitos ao plano de recuperação judicial.

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, mesmo que ainda não estejam vencidos, é o que consta no art. 49 da Lei nº 11.101/05. Os parágrafos do citado artigo c/c o art. 187 do CTN elencam as exceções, assim aduz Robson Zanetti:

Estão excluídos do processo de recuperação judicial o crédito tributário, os decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio destinado a exportação e o do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, não terão seus créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva.¹⁶

Esses créditos, no entender de José Emílio Nunes Pinto, são constituídos exclusivamente por direitos patrimoniais disponíveis:

A recuperação judicial tem seu processamento e procedimento previstos em lei. Muito embora os direitos objeto da recuperação judicial sejam, em sua essência, direitos patrimoniais disponíveis, optou o legislador por colocar todo o procedimento sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário e do Ministério Público.¹⁷

Por sua vez, Alberto Macedo entende que existem créditos relativos a direitos patrimoniais não disponíveis no âmbito da falência, que seriam os de natureza tributária, com as respectivas multas, os derivados da legislação trabalhista e de acidentes de

¹⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de direito comercial: Direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 378.

¹⁶ ZANETTI, Robson. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: aspectos gerais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 602, 2 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6382>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

¹⁷ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 90, out./ dez. 2005.

trabalho, e as penas pecuniárias por infrações das leis penais ou administrativas, sendo que, exceto os de natureza tributária, todos podem se submeter à recuperação judicial.¹⁸

Os créditos trabalhistas, porém, são direitos patrimoniais disponíveis, conforme disposto no art.83 da Lei nº 11.101/05:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

[...]

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.¹⁹

Extrai-se do dispositivo legal a disponibilidade dos créditos trabalhistas, uma vez que podem ser cedidos.

Portanto, os créditos sujeitos à recuperação são constituídos de direitos patrimoniais disponíveis, as penas pecuniárias por infrações das leis penais ou administrativas.

1.3 Recuperação extrajudicial.

Para obter o benefício da recuperação extrajudicial o devedor deve atender aos requisitos do art. 48 da lei de recuperação.

Na recuperação extrajudicial, o legislador impõe que para haver homologação do plano de recuperação em juízo é necessária a adesão de 3/5 dos créditos de cada classe sujeitos ao plano.

A vantagem de se homologar o plano de recuperação em juízo é que, segundo o art. 163 da LRF, assim feito, obriga a todos os credores por ele abrangidos. Portanto, se houver adesão total ao plano, não há porque homologá-lo, senão para constituir título executivo judicial.

¹⁸ MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, Eduardo. et al. (coord). *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 34.

¹⁹ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 abril 2011.

Há discussão em torno da interpretação do que seria este juízo, se seria apenas o estatal ou se seria um juízo em sentido *lato sensu*, abrangendo a arbitragem, conforme problematizou Leonardo Gomes de Aquino.²⁰

O juiz, ao receber o pedido de homologação do plano de recuperação, determinará a publicação de edital convocando todos os credores para apresentarem impugnações no prazo de 30 (trinta) dias da publicação.

1.3.1 Dos créditos sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial.

O plano de recuperação extrajudicial a ser negociado entre o devedor e os credores, segundo Rubens Approbato, não se aplica:

Aos titulares de crédito de natureza tributária, trabalhista ou créditos decorrentes de acidentes do trabalho, créditos com garantia fiduciária, com reserva de domínio, os créditos de titulares de contratos irrevogáveis e irretratáveis e os de arrendamento mercantil, bem como os créditos relativos a adiantamentos de contratos de câmbio – ACC.²¹

Exceto os citados créditos, o plano de recuperação extrajudicial poderá abranger todos os demais.

²⁰ AQUINO, Leonardo Gomes de. A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários. *Justilex*, v. 7, n. 74, p. 68, jul. 2008.

²¹ MACHADO, Rubens Approbato. Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 50, p. 12, nov./dez. 2007.

2 ORGÃOS NOS PROCEDIMENTOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.

A lei de recuperação e falência prevê a participação de alguns órgãos, tanto na recuperação quanto na falência. Sebastião José Roque define o que entende por órgãos da recuperação de empresas:

Descreve, porém, nossa lei a participação de várias pessoas, quer na administração da recuperação judicial quer da falência, ou nos impulsos dos procedimentos concursais. São muitos esses órgãos, como o Juiz, o administrador judicial, o representante do Ministério Público, o escrivão, a assembléia geral dos credores, os credores e Comitê de Credores ou o administrador-gestor, a própria empresa em regime concursal, os peritos. No decorrer desse trabalho foram feitos referências a todos eles.

O órgão concursal é constituído de uma pessoa, como o juiz ou administrador judicial, ou de várias pessoas como a assembléia geral dos credores, o comitê dos credores e peritos de várias modalidades. Órgão é a instituição legalmente estruturada, com o encargo de exercer certas funções. Por meio dele se exercem e se executam ações diversas: é portanto executor ou realizador. Etimologicamente esse termo originou de “organum” = instrumento. Destarte, o órgão dos procedimentos concursais é o instrumento de que se serve a lei para acionar o processo concursal e levá-lo a bom ao termo.²²

Para o estudo, serão estudados o juiz, o Ministério Público, o administrador judicial, a assembléia geral de credores e o comitê de credores, como órgãos da recuperação de empresas.

Nota-se que alguns desses órgãos são obrigatórios na recuperação judicial, e, por outro lado, deixam de sê-lo na recuperação extrajudicial. Tal mudança mostra a importância na atuação de cada um desses órgãos.

2.1 Comitê de credores.

O comitê de credores está previsto no art. 26 da Lei nº 11.101/05, que dispõe em seus incisos a sua composição. A sua criação não é obrigatória, nas palavras de Rubens Approbato: “A lei não obriga a criação do Comitê de Credores, permitindo, porém,

²² ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 361.

facultativamente, a sua instituição por deliberação de qualquer das classes de credores em assembleia geral”.²³

O comitê é composto por um representante e dois suplentes de cada classe, sendo que a falta de indicação de representantes por uma classe não impede a sua constituição.

O art. 27 da LRF indica as principais atribuições do comitê de credores, que são:

Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;
- b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;
- c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;
- d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;
- e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores;
- f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;
- b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;
- c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.²⁴

Caso o comitê não seja constituído, as suas atribuições serão exercidas pelo administrador judicial ou pelo juiz.

2.2 Assembleia geral de credores.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que no conflito de interesses entre credor e devedor e entre os próprios credores é necessário interpretar a vontade da comunhão de interesses dos credores. A interpretação dessa vontade é feita em alguns casos pelo juiz e em outros pelo administrador judicial, e, em poucos casos, os próprios credores são chamados

²³ MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 33.

²⁴ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 24 maio 2011.

para expressar sua vontade, e, à essa reunião, dá-se o nome de Assembléia Geral de Credores.²⁵

O citado autor revela a obrigatoriedade deste órgão na recuperação judicial:

Como se percebe, as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da Assembléia dos credores. Se a falência pode-se processar sem a assembléia dos credores, a recuperação judicial (ressalvada a das microempresas ou empresas de pequeno porte) simplesmente não tramita sem a atuação desse colegiado.²⁶

Por outro lado, na recuperação extrajudicial não há previsão de convocação da assembléia geral de credores, deduzindo-se que tal órgão não é obrigatório nessa modalidade de recuperação.

A assembléia geral de credores poderá ser convocada pelo juiz ou a requerimento de credores representantes de no mínimo 25% dos créditos de uma classe. Como antevisto, o comitê de credores também poderá efetuar o requerimento, assim como o administrador judicial.

O art. 36 da LRF dispõe que a convocação se dará por meio de publicação de edital, com antecedência mínima de 15 dias da assembléia. O § 3º do citado artigo dispõe que as custas da convocação e realização da assembléia correm por conta do devedor, exceto se o requerimento for por parte dos credores ou do comitê de credores.

O órgão em análise, conforme o art.41 da LRF, será composto por três classes. A primeira classe compreende os titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho. A segunda classe compreende os titulares de créditos com garantia real, até o valor de sua garantia. A terceira classe é composta pelos créditos da segunda classe que excedem o valor da garantia, os titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinado.

As atribuições da assembléia geral de credores estão previstas no art. 35 da lei de recuperação e falência de empresas:

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85-86.

²⁶ Ibidem, p. 87.

Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:
 I – na recuperação judicial:
 a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
 b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
 c) (VETADO)
 d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
 e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
 f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores;²⁷

Percebe-se uma maior importância nas atribuições da assembléia geral de credores que possui uma competência essencialmente deliberativa, diferente do comitê de credores que possui uma atribuição de natureza mais fiscalizadora.

2.3 Administrador judicial.

O administrador judicial é órgão obrigatório da recuperação judicial, com previsão no art. 52, I, da Lei nº 11.101/05. A recuperação extrajudicial de empresa, porém, não prevê a nomeação de administrador judicial.

O administrador judicial é nomeado pelo juiz no despacho que defere o processamento da recuperação, sendo que sua escolha deve atender aos requisitos do art. 21 da LRF, quais sejam: Ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada.

O perfil do administrador judicial é assim definido por Fabio Ulhoa Coelho:

O administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio (portanto, com responsabilidade), deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar do juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunhão de interesse dos credores (massa falida *subjetiva*) na falência. Exclusivamente para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.²⁸

²⁷ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 24 maio 2011.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

O citado autor continua a sua definição do perfil do administrador judicial:

Ele deve ser profissional com condições técnicas e experiência para bem desempenhar as atribuições cometidas por lei. Note-se que o advogado não é necessariamente o profissional mais indicado para a função, visto que muitas das atribuições do administrador judicial dependem, para seu bom desempenho, mais de conhecimentos de administração de empresas do que jurídicos. O ideal é a escolha recair sobre pessoa com conhecimentos ou experiência na administração de empresas do porte da devedora e, quando necessário, autorizar a contratação de advogado para assisti-lo ou à massa.²⁹

Portanto, ressalta-se a necessidade de se escolher um técnico, de confiança do juiz, que realmente colabore para a recuperação da empresa em crise. Tais cuidados devem-se ao papel que é desempenhado pelo administrador judicial no procedimento de recuperação, sua competência é definida pelo art. 22 da LRF:

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

- a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;
- b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;
- c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;
- d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;
- e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;
- f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;
- g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;
- h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;
- i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

- a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;
- b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
- c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;³⁰

A competência do administrador judicial varia, porém, com o fato de haver ou não o comitê de credores e se foi decretado o afastamento dos administradores da empresa em crise. Fabio Ulhoa aduz:

De acordo com o primeiro vetor, uma vez instalado o comitê, ao administrador judicial caberá basicamente proceder à verificação dos créditos, presidir a assembléia dos credores e fiscalizar o empresário individual devedor ou a sociedade empresária devedora. Não havendo comitê, o administrador assumirá também a competência reservada pela lei a esse órgão colegiado, exceto se houver incompatibilidade.

Pelo segundo vetor, o administrador judicial é investido no poder de administrar a empresa e representar a sociedade empresária requerente da recuperação judicial quando o juiz determinar o afastamento dos seus diretores, enquanto não for eleito o gestor judicial pela assembléia geral. Somente nesse caso particular, tem ele a prerrogativa de se imiscuir por completo na intimidade da empresa e tomar as decisões administrativas atinentes à exploração do negócio. Não tendo o juiz afastado os diretores ou administradores da sociedade empresária requerente da recuperação judicial, o administrador judicial será mero fiscal dessa, o responsável pela verificação dos créditos e o presidente da assembléia dos credores.³¹

Portanto, o administrador judicial, que tem participação obrigatória na recuperação judicial e não possui previsão na recuperação extrajudicial, tem um grau variável de importância no procedimento de recuperação.

2.4 Ministério Público.

O Ministério Público tem sua competência prevista no art. 127 da CF/88: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.³²

A atuação desse órgão da recuperação é tema em debate tanto na doutrina como na jurisprudência pátria. O professor José Marcelo Martins Proença afirma:

³⁰ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 24 maio 2011.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

Dessa forma, o caminho a ser trilhado deverá ser o da atuação do Ministério Público, qualquer que seja o processo (recuperação de empresas, judicial ou extrajudicial, e falimentar, quando existir envolvimento de matéria de sua competência, ou seja, “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Interesses sociais, ao nosso ver, são inerentes aos processos regulados pela Lei nº 11.101/05, uma vez que um dos objetivos do sistema é a manutenção da atividade produtiva, o que nos leva a imaginar que a regra, nos processos vindouros, será a efetiva atuação do ministério público. Este deve atuar com vistas a tutelar os objetivos sociais da lei (manutenção da atividade produtiva, dos empregos, da produção, etc.), e nunca, como normalmente ocorria no extinto processo de concordata, como fiscal da lei para encaminhá-la à decretação da falência.³³

Marlon Tomazette, alinhando-se ao posicionamento supracitado, aduz:

Analisando o texto do Lei nº 11.101/05, a conclusão mais factível é aquela de que a intervenção do Ministério Público só ocorrerá nos casos legalmente previstos. Todavia, o artigo 189 da referida Lei determina a aplicação subsidiária do CPC aos processos ali previstos. Em razão disso, aplica-se o artigo 82 do CPC, que determina a intervenção obrigatória do MP nos casos em que houver interesse público. Ora, nos processos de falência e de recuperação judicial, há claramente um interesse público envolvido, vale dizer, o interesse na tutela do crédito. Como será visto, há uma função social da empresa que justifica um acompanhamento mais próximo dos processos de falência e recuperação judicial e, desse modo, justifica-se a intervenção do Ministério Público.

Dentro dessa linha de entendimento, é essencial a intimação do ministério para se manifestar nos processos de falência e de recuperação extrajudicial. Mesmo na recuperação extrajudicial tem-se entendido a existência de um interesse social, consistente na tutela da função social da empresa.³⁴

O posicionamento exposto defende a atuação do Ministério Público em qualquer dos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05, uma vez que na falência e na recuperação de empresa existe o interesse público necessário a legitimar esse órgão, e a aplicação subsidiária do CPC que assim permite.

Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, posiciona-se diversamente:

Por isso, o juiz somente deve enviar o processo de falência ou de recuperação judicial ao Ministério Público quando houver expressa e específica previsão legal ou constitucional.
[...]

³³ PROENÇA, José Marcelo Martins. Disposições preliminares: Aplicação da legislação, competência e intervenção do ministério público. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 72.

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2011. p. 42.

Nesses casos (pedido de falência, verificação de crédito, todo e qualquer processo que envolve a massa etc.), só há fundamento legal para a oitiva do Ministério Público quando o juiz constatar fatos como indício de crime, desrespeito à lei ou ameaça de lesão ao interesse público.

Quando não houver tais elementos, os interesses em conflito não ultrapassam os limites dos privados entre o devedor empresário em crise e seus credores.

[...]

Também em relação aos processos de recuperação de empresa (judicial e extrajudicial) prevê a nova Lei de Falências uma atuação minimalista do Ministério Público. Estado em jogo interesses privados, não há razões para exigir-se do órgão uma constante intervenção. Na recuperação judicial, o Ministério Público só deve ser chamado a intervir no processo de recuperação de empresa quando expressamente previsto.³⁵

O autor entende que a participação do MP deve se restringir às hipóteses previstas na Lei, tendo uma atuação minimalista, restrita à análise de infringência à lei, da ocorrência de crime ou de ameaça de lesão ao interesse público. Isso porque a maior parte dos interesses envolvidos seria privada.

O professor Sebastião José Roque, ao analisar a relevância do Ministério Público para a recuperação de empresas, afirma que o direito da recuperação é ramo do direito empresarial e este, por sua vez, faz parte do direito privado. Afirma que o direito empresarial lida com direitos disponíveis e transacionáveis, onde não há participação do Estado, logo não haveria necessidade de participação do Ministério Público nos procedimentos concursais.³⁶

Fábio Ulhoa Coelho elenca os casos previstos na LRF em que o Ministério Público atuará:

Os casos em que a lei prevê a participação do Ministério Público na recuperação de empresa são apenas os seguintes:

- a) ele tem legitimidade para impugnar a relação de credores (art. 8º), para pedir a substituição do administrador judicial ou de membro do Comitê (art. 30) e para recorrer da concessão da recuperação judicial (art. 59, § 2º);
- b) ele deve ser intimado do despacho de processamento da recuperação judicial (art. 52, V), do pedido de homologação de recuperação extrajudicial (art. 163), da sentença concessiva de recuperação judicial (art. 187) e do relatório do administrador judicial que apontar a responsabilidade penal de qualquer dos envolvidos no processo (art. 22, §4º), bem como ser informado pelo juiz de qualquer indício da prática de crime falimentar (art. 187, §2º);
- c) ele deve-se manifestar na prestação de contas do administrador judicial (art. 154); e

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-31.

³⁶ ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 355-357.

d) ele deve, ao ser intimado da sentença de convolação em falência, propor a ação penal ou requisitar a instauração de inquérito policial, sempre que houver indícios de crime falimentar (art. 187).³⁷

Em que pese os direitos disponíveis e transigíveis contidos no procedimento de recuperação de empresas, extrai-se da competência do Ministério Público que o seu papel ultrapassa a simples condição de fiscal da lei, zelando este órgão pelo bom andamento da recuperação como forma de resguardar o interesse público da manutenção de empregos e da fonte produtora, e, ainda, o cumprimento da função social da empresa em crise.

A participação mais ampla do Ministério Público se dá em função de sua competência constitucional, devendo atuar, qualquer que seja a lide ou procedimento utilizado.

2.5 O juiz.

O juiz é o órgão central da recuperação de empresa, o professor Sebastião José Roque assim dispõe:

O juiz é o órgão máximo da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência, tanto que todos os demais órgãos giram em torno dele. Uma sentença sua dá início aos procedimentos concursais; outra sentença dá fim a ele. O art. 22, abrindo o capítulo referente ao administrador judicial, considera o juiz como o fiscalizador do trabalho do administrador judicial, como se vê:

[...]

É dupla a função do juiz. Em primeiro lugar, ele é o diretor direto dos procedimentos concursais; toma iniciativa, intimando pessoas várias a tomar medidas e pronunciar-se. Como superintendente, ele supervisiona o trabalho do administrador judicial e de outros órgãos dos procedimentos concursais. Embora a lei diz que ele exerça a “fiscalização”, na verdade ele exerce a “supervisão”.³⁸

O papel do juiz não é restrito à fiscalização do procedimento concursal, Lúcia Valério Marzagão aduz:

O juiz exerce rigoroso controle em todo o processo da recuperação judicial, desenvolvendo atividades jurisdicionais e administrativas, pois todas as

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31-32.

³⁸ ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 362.

decisões tomadas no curso do processo devem ser submetidas ao seu crivo, condutor da ação.³⁹

O juiz, portanto, no âmbito da recuperação de uma empresa, assume por muitas vezes um papel de administrador, afastando-se por completo de sua especialidade. Antonio Carlos Esteves Torres critica essa delegação de competência ao juiz, afirmando que a sociedade submete eleições políticas ao crivo do judiciário, assim como decisões tipicamente privadas, pois para ele a sociedade só confia no judiciário.⁴⁰

Assim aduz o autor:

Ajustado o acordo para a recuperação extrajudicial, remete o convencionado ao judiciário para homologação, inaugurando-se um procedimento inescusavelmente judicial, como se extrai, mesmo na hipótese de recuperação extrajudicial, da obrigatória publicação de editais e abertura de prazos para impugnações e recursos (art. 164). O que não se pode admitir, sem alguma intranquilidade, é a imensa gama de atoures tipicamente administrativos conferidos aos magistrados na nova Lei agora vigente.⁴¹

Ainda, segundo o autor, o juiz deve reconhecer na exordial as razões da crise econômico-financeira, e para tanto o juiz deve ter conhecimentos aprofundados a respeito do desenvolvimento das empresas no mundo.⁴²

O autor afirma que há a necessidade de alguma experiência para efetuar a identificação de cada fase do ciclo de vida de um negócio. Cita o professor Luiz Vasco Elias:

[...] o exame acurado da documentação contábil, balanço patrimonial, demonstração de resultados, relatório de fluxo de caixa, através de análises verticais e horizontais, vai depender de índices financeiros sobre liquidez, rotação, margens e retornos, tudo para permitir o diagnóstico da problemática, que pode ser interna ou externa, abordando aspectos demográficos; sócio-culturais; políticos; legais, além da completa observação do ambiente competitivo.⁴³

Antônio Carlos Esteves Torres, então, continua:

³⁹ MARZAGÃO, Lúcia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.).

Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 91.

⁴⁰ TORRES, Antônio Carlos Esteves. Dos poderes do juiz na nova lei de falências. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 451, nov./dez. 2005.

⁴¹ Ibidem, p. 451.

⁴² Ibidem, p. 453.

⁴³ Apud TORRES, Antônio Carlos Esteves. Dos poderes do juiz na nova lei de falências. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 453, nov./dez. 2005.

A partir da completude deste ciclo, a opção entre manter o estádio a que se chegou ou evoluir necessita de amplos estudos e de novas tomadas de decisão, fazendo surgir situações em que, muitas vezes, o empresário há de escolher alternativas como o *turnaround* ou, na hipótese de sinais de malogro, a recuperação típica. O mero *turnaround* significa o reajuste de um quadro com o aproveitamento de elementos e instrumentos de que já se disponha. A alternativa da recuperação exige mudanças profundas. Na circunstancia da recuperação, vê-se, através do art. 51 da Lei nº 11.101 de 9.2.2005, que o juiz haverá de ter sensibilidade para reconhecer, já na exposição da peça inaugural, as razões da crise econômico-financeira, o que por si só obriga o profissional do direito a estar a par de teses e publicações atualizadas sobre o desenvolvimento das empresas no mundo.⁴⁴

O juiz condutor da recuperação deve, portanto, possuir conhecimentos não apenas jurídicos como também de mercado global, administração de empresas e economia, de forma que possa responder em tempo às necessidades da empresa em recuperação mantendo-a competitiva e viabilizando a sua recuperação.

Há, ainda, outras qualificações necessárias ao juiz em um procedimento concursal. O supracitado autor afirma:

Não se poderá eximir o magistrado do conhecimento, ainda que em linhas gerais teóricas, dos métodos de administração empresarial, incluindo recursos humanos e recursos materiais, até porque, na tentativa inaugural de recuperação, a peça vestibular descreverá a relação integral dos empregados, a relação dos credores, relação de bens da empresa, sócios e administradores, estando o juiz, neste momento, entregue à sua própria e solitária sorte, embora nada o impeça de (e até o aconselhe a), mesmo extra-autos, assessorar-se de profissionais especializados, para o exame e o acolhimento “ou indeferimento” da exordial. De toda a sorte, o mínimo de intimidade com termos e noções econômico-financeiros é desejável.⁴⁵

Ao juiz é delegada mais uma função, que é a de mediar, pois, em um procedimento de recuperação, onde de um lado existem credores querendo receber o que lhes é devido e de outro lado há o devedor sem condições de cumprir o total de suas obrigações, sempre haverá conflitos que poderão ameaçar a recuperação da empresa, o autor aduz:

Um dado deve ser objeto de cuidadosa análise por parte do juiz que recebe uma petição inicial de recuperação: o panorama das tentativas negociais que antecederam a proposta em juízo. Com efeito, livre do risco em que os devedores mergulhavam na convocação de credores, fórmula condutora ao estado falimentar, são muitos os procedimentos postos à disposição da empresa em crise. Assim, só mediante

⁴⁴ TORRES, Antônio Carlos Esteves. Dos poderes do juiz na nova lei de falências. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 453, nov./dez. 2005.

⁴⁵ Ibidem, p. 454.

negociação, mediação, por exemplo, ou arbitragem, talvez, é possível concederem-se prazos e condições especiais de pagamento, cisão, fusão, substituição de administradores (art. 50).⁴⁶

Deve-se ressaltar que os conflitos existentes, por óbvio, não ocorrem apenas entre credores e devedores, pois aqueles, cientes da situação econômica da empresa, tentarão ver seus créditos realizados mesmo em detrimento dos outros credores. Outros conflitos podem ser previstos durante a condução de uma recuperação de empresa, tal qual entre o administrador judicial e os administradores da empresa, ou entre aquele e os credores.

Portanto, o juiz deve conciliar os interesses envolvidos na demanda, de forma que convença a todos de buscar um mesmo objetivo, que não se resume apenas ao adimplemento das obrigações do devedor, mas sim na manutenção e recuperação da empresa.

Portanto, averigua-se o árduo papel desenvolvido pelo juiz no âmbito de uma recuperação de empresa, que deve possuir um mínimo de especialização, habilidades mediadoras e celeridade nas suas decisões.

Esse procedimento judicial, que delega tantas funções fora da alçada de especialização do magistrado pode comprometer o sucesso do procedimento de recuperação, devendo as partes envolvidas e interessadas na lide procurar, se possível, outros meios que ofereçam menos riscos.

⁴⁶ TORRES, Antônio Carlos Esteves. Dos poderes do juiz na nova lei de falências. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 454-455, nov./dez. 2005.

3 ARBITRAGEM.

Inicialmente faz-se necessário conceituar o instituto da arbitragem, nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.⁴⁷

Deste conceito, extrai-se a necessidade de uma convenção privada que confere poder a uma ou mais pessoas para decidirem a lide, e tal decisão tem eficácia de sentença judicial.

Conceituado o instituto, é necessário identificar sua natureza jurídica, segundo o professor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme:

Não é pacífica a interpretação da essência da arbitragem, formando-se a esse respeito três correntes, muito bem descritas por J. E. Carreira Alvim:

- (a) uma privatista (ou contratualista), sendo Chiovenda seu precursor;
- (b) outra publicista (ou processualista), com Mortara à frente;
- (c) e uma intermediária (ou conciliadora), tendo como expoente Carnelutti;

[...]

Já que a natureza jurídica versa sobre origem – ou seja, determiná-la é estabelecer seu ser jurídico, ou ainda sua essência, como dito no primeiro parágrafo deste capítulo –, portanto sua definição parece ser eminentemente contratual, contracenando com seu aspecto jurisdicional, haja vista que este instituto resulta da vontade entre as partes, ou seja, constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral.⁴⁸

Novamente, ressalta-se o caráter contratual do instituto, que nasce de um acordo de vontades de uma convenção.

Para que seja instituído o procedimento arbitral é necessário que certos requisitos sejam cumpridos. Tais requisitos são extraídos do art. 1º da Lei nº 9.307/96 e, segundo Carmona, são dois, quais sejam: a capacidade de contratar e que o litígio deve versar sobre direito patrimonial disponível.⁴⁹

⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p.27.

⁴⁸ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 41-42.

⁴⁹ CARMONA, op. cit., p. 27.

O professor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme disserta sobre a capacidade de contratar:

A capacidade genérica das partes contratantes, que seria a capacidade de poder valer-se da arbitragem ou ainda a capacidade de fato ou de exercício, que seria na visão de Maria Helena Diniz a “aptidão de exercer por si atos da vida civil”, devem enquadrar-se nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

[...]

Pessoas capazes são aquelas maiores de 18 (dezoito) anos, conforme dispõe o artigo 5º, do Código Civil, que não são absolutamente incapazes, haja vista o artigo 3º do mesmo diploma civil, e nem relativamente incapazes (artigo 4º do Código Civil). A emancipação dar-se-á com a cessação da incapacidade nos casos elencados no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil.

[...]

Portanto, a pessoa emancipada pode optar pelo juízo arbitral que puder contratar. Somente pessoas capazes poderão assinar o compromisso, submetendo suas pendências ao julgamento de árbitros – ou seja, dirimindo litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme assegura o artigo 1º da Lei 9.307/96.⁵⁰

O citado professor assim aduz a respeito do segundo requisito:

Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles os quais seus titulares têm plena disposição e giram em torno da esfera patrimonial. Esses direitos devem ser entendidos como tendo por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado. Patrimônio seria um complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tem valor econômico. Incluem-se no patrimônio: a posse, os direitos reais, as obrigações e as ações correspondentes a tais direitos. O patrimônio abrange direitos e deveres redutíveis a dinheiro, conseqüentemente nele não estão incluídos os direitos de personalidade, os pessoais entre os cônjuges, os oriundos do pátrio poder e os políticos.⁵¹

Antonio José de Mattos Neto, citando Clóvis Beviláqua, a respeito do segundo requisito, afirma:

A disponibilidade é a qualidade que se insere na patrimonialidade do direito. Entretanto, nem todo direito patrimonial é direito disponível. Como frisado, patrimonial quer dizer apreciável pecuniariamente, mas nem tudo que representa utilidade econômica é disponível. Exemplo é o bem imóvel (patrimonial) clausulado com a inalienabilidade (indisponível).⁵²

Continua o autor:

⁵⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 63/64.

⁵¹ Ibidem, p. 65/66.

⁵² Apud MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Caderno da pós-graduação em direito da UFPA*, v.7, n. 16, p. 15-16, jan./jun. 2002.

Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito.⁵³

Carlos Alberto Carmona, citando Alcides de Mendonça Lima, sobre a disponibilidade do direito, aduz:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.⁵⁴

O professor José Cretella Neto, por sua vez, afirma:

Acerca dos direitos patrimoniais *disponíveis*, podem seus titulares envolvê-los em ampla gama de negócios jurídicos, observando apenas certas formas legais – quando a legislação específica assim o exigir – e obedecendo aos princípios referentes à ordem pública e aos bons costumes.⁵⁵

Para o professor Cretella Neto, os negócios jurídicos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis devem respeitar princípios de ordem pública e a legislação específica se houver, sem que a formalização do exercício de disponibilidade de direito patrimonial signifique sua indisponibilidade.

Logo, os direitos patrimoniais relacionam-se com a ordem pública, sem tornarem-se indisponíveis, afinal a existência de norma que imponha o cumprimento de preceitos não impede o a disposição desse direito.

Portanto, para valer-se da arbitragem as partes devem ser capazes, conforme o Código Civil; e o litígio a ser submetido a esse procedimento deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo o patrimônio entendido como aquele redutível a pecúnia, e disponível o fato de poder ser alienado, transmitido, renunciado ou transacionado.

⁵³ MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Caderno da pós-graduação em direito da UFPA*, v.7, n. 16, p. 15-16, jan./jun. 2002.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 56.

⁵⁵ CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

No instituto da arbitragem, as partes têm uma liberdade maior na definição das regras procedimentais e materiais a serem utilizados na solução das controvérsias. O legislador enalteceu o princípio da autonomia da vontade no âmbito da arbitragem.

Segundo Carmona, as partes podem escolher o direito material e processual a ser aplicado na solução da controvérsia, podendo optar, ainda, em se utilizar na decisão critérios de equidade, os princípios gerais do direito, os usos e costumes ou regras internacionais de comércio. Assim dispõe, também, o art. 2º da Lei nº 9.307/96.⁵⁶

Nas palavras do professor Luiz Fernando do Vale:

A arbitragem, ou seja, o procedimento utilizado para dirimir e solucionar determinado litígio, poderá ser de direito ou equidade, a critério das partes, presumindo-se, pois, a concordância entre elas na realização desse processo. O primeiro parágrafo deste artigo traz uma ressalva para que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

[...]

A respeito das regras de se utilizar dos princípios gerais de direito e dos costumes, o art. 126 do Código de Processo Civil permite que o magistrado, na falta de normas legais, recorra a tanto. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (L.I.C.C.) afirma que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. No caso da arbitragem, o árbitro poderá utilizar os princípios gerais de direito e os costumes caso tenha sido compactuado entre as partes.

[...]

Por fim, o legislador introduziu no corpo do segundo parágrafo deste artigo que as partes poderão convencionar, contratar, que a arbitragem se realize com base nas regras internacionais do comércio, mais conhecidas como *Lex Mercatória*.⁵⁷

Logo se percebe a maior liberalidade que o legislador conferiu às partes para escolherem os critérios a serem utilizados na solução do conflito.

Por fim, para que se instaure o procedimento arbitral é necessária uma convenção de arbitragem, o que, conforme o art. 3º da Lei nº 9.307/96, abrange a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Para Carmona, qualquer forma de convenção de arbitragem já afasta a jurisdição estatal.⁵⁸

⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 27.

⁵⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 66/69.

⁵⁸ CARMONA, op. cit., p. 27/28

3.1 Cláusula compromissória.

Luiz Fernando do Vale conceitua assim a cláusula compromissória:

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios eventualmente derivados do contrato. É, pois, cláusula compromisso, necessariamente escrita, ainda que em forma de pacto adjeto, e dela não poderá a parte fugir em função da conhecida construção de nosso direito tradicional, traduzida no axioma *pacta sunt servanda*.⁵⁹

Extraí-se que a cláusula compromissória é autônoma do contrato em que estiver inserida e visa dirimir conflito futuro. O mesmo autor continua:

Prevê ainda a ordem jurídica pátria que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato, de modo que mesmo ocorrendo nulidade ou outros vícios eles não implicam, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.⁶⁰

Diante da autonomia da cláusula compromissória, Carmona afirma que caberá ao árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula e do compromisso, bem como do próprio contrato que a contenha.⁶¹

O autor afirma, ainda, que tal autonomia não é absoluta, pois há hipóteses em que a falência da cláusula é inevitável. Cita o exemplo de um incapaz que assina um contrato, ou uma assinatura falsa. Conclui que ao árbitro cabe decidir se o ato das partes que estabeleceu sua competência tem ou não eficácia.⁶²

Nesse diapasão, quando da elaboração da cláusula compromissória, é de suma importância que as partes estabeleçam criteriosamente um procedimento rápido e eficaz ao invés de definir apenas que a solução se dará via arbitragem. Caso assim não se faça, caberá ao juiz definir os critérios legais, e até mesmo quem será o árbitro que solucionará a lide, resultando na perda total da eficiência da arbitragem, qual seja, a liberdade das partes. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. Assim está disposto no art. 7º da lei de arbitragem.

⁵⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 70/71.

⁶⁰ Ibidem, p. 71.

⁶¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 31.

⁶² Ibidem, p. 31.

3.2 Compromisso arbitral.

O conceito de compromisso arbitral é dado também pelo professor Luiz Fernando do Vale:

O compromisso arbitral, por sua vez é a segunda maneira de manifestar a convenção arbitral. A primeira está acima, a cláusula arbitral, à qual as partes submetem ao julgamento dos árbitros conflitos futuros; já no caso do compromisso, as partes submetem ao julgamento do árbitro um conflito atual.

Pode ser conceituado como sendo um acordo bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados, ou ainda o contrato de que se valem os interessados para, de comum acordo, atribuir a terceiro (denominado árbitro) a solução de pendências entre eles existentes.⁶³

O autor afirma que o compromisso poderá ser de duas espécies, o judicial e o extrajudicial.⁶⁴

Segundo Carmona, são elementos indispensáveis do compromisso arbitral a qualificação das partes (inclusive o estado civil, para aferir se há necessidade de o cônjuge participar do juízo arbitral), a qualificação dos árbitros ou a especificação da entidade que os indicará, a matéria objeto da arbitragem e o local a ser proferida a sentença. A falta de um desses elementos implica a nulidade do compromisso arbitral.⁶⁵

As partes poderão fixar tanto no compromisso como na cláusula o local em que ocorrerá a arbitragem, ou seja, o local a se desenvolver os atos processuais. Poderão ainda autorizar o árbitro a julgar por equidade sem que este possa abandonar as normas jurídicas de ordem pública. Podem, ainda, definir prazos, as leis aplicáveis e quem arcará com os honorários do árbitro. As partes, em princípio, são solidariamente responsáveis pelos honorários, podendo dispor diferentemente na convenção de arbitragem.⁶⁶

3.3 Da extinção da arbitragem.

A arbitragem tem seu fim, em regra, com a prolação da sentença arbitral, que poderá, ainda, ser homologatória de um acordo entre as partes. A sentença arbitral deve

⁶³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 72/73.

⁶⁴ Ibidem, p. 73.

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 31.

⁶⁶ Ibidem, p. 33.

ser enviada pelo árbitro as partes com o devido aviso de recebimento ou mediante recibo, assim dispõe os arts. 28 e 29 da lei de arbitragem.

O art. 30 da lei de arbitragem prevê uma espécie de embargos de declaração, meio pelo qual a parte poderá no prazo de cinco dias, contados de sua notificação, comunicando a outra parte, requerer ao árbitro que corrija algum erro material, omissão, obscuridade, dúvida ou contradição da sentença.

Existem outros meios de extinção do procedimento arbitral, neste caso pelo seu insucesso. No procedimento arbitral, impera o princípio da salvação da convenção, ou seja, se há recusa do árbitro, o seu impedimento, ou se este falecer, o procedimento não se inutilizará, devendo as partes nomear substituto, ou, na falta de acordo, recorrer ao judiciário para que o faça.⁶⁷

Porém, caso a convenção de arbitragem disponha expressamente que não poderá haver substituto, e as partes não entrarem em acordo, a arbitragem será extinta. Carmona ressalta que, se a arbitragem ocorrer em decorrência da confiança depositada no árbitro e este não puder solucionar a lide, a arbitragem também será extinta.⁶⁸

Outra hipótese de extinção da arbitragem se dá quando o árbitro extrapola o prazo estipulado ou legal para a solução da lide, neste caso a parte poderá notificá-lo para que apresente a sentença arbitral e não o fazendo poderá a parte notificante valer-se da exceção de extinção de arbitragem, sem prejuízo do direito a perdas e danos contra o árbitro.⁶⁹

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34.

⁶⁸ Ibidem, p. 34.

⁶⁹ Ibidem, p. 34.

4 A ARBITRAGEM NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESA.

O procedimento arbitral pode ser uma alternativa a tutela judicial em meio a uma recuperação de empresa em crise. Tal possibilidade necessita de uma análise da compatibilidade desses dois institutos.

Alguns institutos da recuperação de empresa se mostram incompatíveis com o procedimento arbitral, porém não inviabilizam a sua utilização.

4.1 Natureza dos institutos da recuperação de empresa e da arbitragem.

A natureza da recuperação de empresas e da arbitragem é compatível, uma vez que em ambos a natureza contratual é preponderante. A recuperação de empresas, como antevisto, além da natureza contratual, possui um viés de direito econômico e normas de direito material e processual.

As normas de direito processual, como sabido, são de ordem pública, porém não afasta da recuperação de empresa o procedimento arbitral. Veja-se os dizeres do professor José Cretella Neto acerca de direitos patrimoniais disponíveis:

Acerca dos direitos patrimoniais *disponíveis*, podem seus titulares envolvê-los em ampla gama de negócios jurídicos, observando apenas certas formas legais – quando a legislação específica assim o exigir – e obedecendo aos princípios referentes à ordem pública e aos bons costumes.⁷⁰

Como ressaltado os negócios jurídicos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis devem respeitar princípios de ordem pública e a legislação específica se houver. Logo, o direito processual presente na lei de recuperação de empresas, uma vez observado, não impede a utilização da arbitragem na recuperação de empresas.

A legislação processual, mesmo sendo de ordem pública, não impede o procedimento arbitral. Veja-se que no direito civil é possível a utilização da arbitragem, mesmo havendo um direito processual específico. No procedimento arbitral, é possível ainda a alteração do direito processual a ser utilizado, eis o art. 21 da lei nº 9.307/96:

⁷⁰ CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.⁷¹

Portanto, a natureza processual da LRF não impede a utilização da arbitragem.

4.2 A compatibilidade entre os requisitos da arbitragem e a recuperação de empresa.

A arbitragem tem como requisitos a capacidade das partes, conforme o Código Civil; e o litígio a ser submetido a esse procedimento deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo o patrimônio entendido como aquele redutível a pecúnia, e disponível o fato de poder ser alienado, transmitido, renunciado ou transacionado.

O professor Leonardo Gomes de Aquino assim dispõe:

Nem todos os direitos são susceptíveis de ser resolvidos por via arbitral. Cabe ao legislador delimitar as matérias que inserem na esfera do que é arbitrável. Esse campo de matérias arbitrais é denominado de arbitralidade.⁷²

Dessa forma deve-se analisar se os direitos envolvidos em uma recuperação judicial ou extrajudicial é arbitrável.

A capacidade deve ser analisada caso a caso, porém, em regra, tal requisito da arbitragem é compatível com a recuperação de empresas, uma vez que os credores presentes em uma recuperação de empresa possuem capacidade civil, haja vista terem cedido créditos à empresa em recuperação.

O segundo requisito da arbitragem é compatível em parte com a recuperação de empresa. Os direitos patrimoniais envolvidos em uma recuperação de empresa são disponíveis, uma vez que resultam de créditos cedidos à empresa em crise. No entender de José Emílio Nunes Pinto:

⁷¹ BRASIL. Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 29 agosto 2011.

⁷² AQUINO, Leonardo Gomes de. A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários. *Justilex*, v. 7, n. 74, p. 66, jul. 2008.

A recuperação judicial tem seu processamento e procedimento previstos em lei. **Muito embora os direitos objeto da recuperação judicial sejam, em sua essência, direitos patrimoniais disponíveis**, optou o legislador por colocar todo o procedimento sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário e do Ministério Público.⁷³

Por sua vez, Alberto Macedo entende que existem créditos relativos a direitos patrimoniais não disponíveis no âmbito da falência, que seriam os de natureza tributária, com as respectivas multas, os derivados da legislação trabalhista e de acidentes de trabalho, e as penas pecuniárias por infrações das leis penais ou administrativas, sendo que, exceto os de natureza tributária, todos podem se submeter à recuperação judicial.⁷⁴

Os créditos trabalhistas, porém, são direitos patrimoniais disponíveis, conforme disposto no art.83 da Lei nº 11.101/05:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
[...]

§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários.⁷⁵

Extrai-se do dispositivo legal a disponibilidade dos créditos trabalhistas, uma vez que podem ser cedidos.

Logo, a arbitragem é compatível com os direitos envolvidos em uma recuperação de empresa, exceto as penas pecuniárias por infrações das leis penais ou administrativas.

4.2.1 A arbitragem e a recuperação extrajudicial de empresa.

Inicialmente, cumpre ressaltar que nos arts. 161 à 167 as Lei de recuperação de empresas e falências, que trata da recuperação extrajudicial, não há previsão de

⁷³ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 90, out./ dez. 2005.

⁷⁴ MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, Eduardo. et al. (coord). *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 34.

⁷⁵ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 agosto 2011.

participação do comitê de credores, da assembléia geral de credores, do Ministério Público e do administrador judicial nesse procedimento específico.⁷⁶

A participação do juiz, por outro lado, tem sua previsão para homologar o acordo extrajudicial, não o sendo obrigatório. Veja-se que sendo unânime o acordo a homologação é facultativa, e não o sendo a homologação se faz necessária, de forma que o plano de recuperação aprovado pelo quorum necessário possa obrigar os demais credores que não aderiram a ele.

Logo, a principal questão é saber se o plano de recuperação extrajudicial levado à homologação pelo juiz afastaria a arbitragem, e se seria possível haver tal homologação pela via da arbitragem, sem a necessidade da tutela estatal.

O professor Leonardo Gomes de Aquino afirma:

A questão que há de se ponderar é se a Lei quando menciona que o Juízo competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial se refere a juízo jurisdicional ou, então, está se referindo ao juízo em sentido *lato sensu*, abrangendo o juízo arbitral.

[...]

Dessa maneira, nos parece cabível postular pela possibilidade de aplicação da arbitragem nos conflitos existentes na relação falimentar, em especial, na recuperação extrajudicial. As partes diante desse conflito poderiam elaborar um compromisso arbitral, visto ser possível na justiça arbitral a homologação de acordos quando as partes são capazes, bem como se trata de direitos disponíveis.⁷⁷

Extrai-se que é sim possível homologar o plano de recuperação extrajudicial pela via arbitral, porém os efeitos de tal procedimento serão diferentes em relação à homologação pela via judicial.

Ressalta-se que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a um procedimento arbitral. A arbitragem decorre de um acordo de vontades, explicitado por um compromisso arbitral ou por uma cláusula compromissória. Veja o conceito de arbitragem elaborado pelo professor Carlos Alberto Carmona:

⁷⁶ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 agosto 2011.

⁷⁷ AQUINO, Leonardo Gomes de. *A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários*. *Justitex*, v. 7, n. 74, p. 68, jul. 2008.

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.⁷⁸

Logo, quem não aderir a uma convenção de arbitragem não poderá ser obrigado a participar de um procedimento arbitral. Ou seja, todos os abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial devem concordar com a sua homologação pela via arbitral, de forma que o plano obrigue a todos por ele abrangidos.

Aqueles que não concordarem com a sua homologação pela via arbitral não ficarão obrigados pelo plano de recuperação homologado. Por outro lado, mesmo que não tenham aderido ao plano de recuperação extrajudicial, caso venham a concordar com sua homologação pela via arbitral, aplica-se o art. 163 da LRF, *verbis*:

Veja-se que o plano de recuperação extrajudicial que receber a adesão de 3/5 dos credores por ele abrangidos poderá ser homologado judicialmente e assim obrigará a todos, mesmo que não tenham aderido ao plano, assim dispõe o art. 163 da lei de recuperação de empresas e falências:

Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.⁷⁹

Tal conclusão extrai-se da autonomia de vontades presente em um procedimento arbitral, que não pode obrigar ninguém a submeter-se a tal procedimento, assim como da conclusão de que o juiz competente para homologar o plano de recuperação é tanto o jurisdicional quanto o arbitral.

O procedimento arbitral não fica restrito a homologação do plano de recuperação extrajudicial, poderá ser utilizado ainda no decorrer de sua execução. Para tanto, a regra se mantém, ou seja, aqueles abrangidos pelo conflito que surgiu na execução do plano devem concordar com o procedimento arbitral.

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p.27.

⁷⁹ BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 29 agosto 2011.

Tal concordância poderá ser feita no próprio plano de recuperação extrajudicial que preveja a sua homologação pela via arbitral e que os conflitos decorrentes de sua execução serão dirimidos pela arbitragem, porém, caso o plano contenha a cláusula compromissória e não haja um eventual compromisso arbitral, aqueles que não aderirem ao plano não serão obrigados por ele.

Eis o entendimento do professor Leonardo Gomes de Aquino:

Outra questão importante é saber se a existência de uma cláusula compromissória no corpo do plano de recuperação teria o condão de obrigar e vincular todos os credores, inclusive aqueles que tenham objetado a sua aprovação. Entendemos que não, caso o plano não tenha sofrido objeção por parte de qualquer credor ou, que objetado, tenha sido ele aprovado pela assembléia geral de credores ou, ainda, na hipótese excepcional mencionada no art. 58, § 1º da lei de recuperação de empresas. Não havendo nenhuma desta hipótese será vinculativa a convenção arbitral.⁸⁰

Isso decorre da autonomia da clausula compromissória, que significa dizer que concordar com o procedimento arbitral não significa concordar com o plano de recuperação e vice-versa. Em todo o caso, é aconselhável que as partes, mesmo que não concordem com o plano, manifestem sua concordância em recorrer à via arbitral para dirimir os conflitos que possam aparecer, ou até mesmo no caso de homologação do plano.

Em suma, a recuperação extrajudicial é totalmente “arbitrável”, desde seu início até a sua execução. Não há incompatibilidades entre os dois institutos, havendo, porém, diferenças quanto aos seus efeitos e os efeitos da homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial.

4.2.2 A arbitragem e a recuperação judicial de empresa.

A recuperação de empresa, sem dúvida, possui o interesse público, uma vez que visa a manutenção da fonte produtora, dos empregos e a satisfação dos créditos havidos pela empresa em crise.

A recuperação judicial, porém, possui um interesse maior, uma vez que, em regra, quem busca esse meio de recuperação encontra-se numa crise econômico-financeira

⁸⁰ AQUINO, Leonardo Gomes de. *A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários*. *Justillex*, v. 7, n. 74, p. 69, jul. 2008.

maior, necessitando do benefício da recuperação judicial, pois tem uma abrangência maior que a recuperação extrajudicial.

A recuperação judicial é uma ação judicial, por expressa definição legal, assim aduz José Emílio Nunes Pinto:

Por expressa definição legal, a recuperação judicial de empresas é uma ação judicial a qual estão sujeitos todos os créditos existentes na data em que o pedido é apresentado, mesmo que alguns deles não estejam vencidos, exceção feita àqueles expressamente mencionados em lei.

[...]

A recuperação judicial tem seu processamento e procedimento previsto em lei. Muito embora os direitos objeto da recuperação judicial sejam, em sua essência, direitos patrimoniais disponíveis, optou o legislador por colocar todo o procedimento sob a exclusiva fiscalização do poder judiciário e do ministério público. Razões existem e essas podem ser facilmente detectadas para adotar o legislador esse procedimento, tais como o sobrestamento de execuções, a novação e a sujeição a ela de todos os créditos.⁸¹

O legislador, ao deferir ao Poder Judiciário a fiscalização e o processamento da recuperação judicial de empresa, não afastou a possibilidade de utilização do procedimento arbitral nesse instituto.

De fato, durante a recuperação judicial, poderão surgir diversas controvérsias. O professor José Emílio Nunes Pinto assim aduz:

Nunca é demais repetir que, deferida pelo juiz a recuperação judicial após a aprovação do plano de recuperação, segue-se um período de 2 (dois) anos durante o qual o descumprimento de qualquer obrigação pelo devedor dará causa à convalidação do estado de recuperação judicial em falência. Dessa forma, é de suma importância que eventuais controvérsias surgidas quanto ao tempo e modo de implementação de medidas previstas no plano de recuperação sejam satisfatória e tempestivamente solucionadas de forma a evitar que se frustre o objetivo pretendido pelas partes, ou seja, o de superar a crise econômico-financeira que afetou a empresa devedora, assegurando-se a continuidade de seus negócios e operações e a manutenção do emprego. Por outro lado, não devem essas controvérsias dar lugar de plano ao descumprimento da obrigação assumida, o que levaria a empresa devedora fatalmente à falência.⁸²

Continua o autor:

⁸¹ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 84, out./ dez. 2005.

⁸² *Ibidem*, p. 86.

Se examinarmos cuidadosamente a lista de medidas elencadas pelo art. 50 da Lei, constataremos que muitas delas, e, vale ainda dizer, outras que possam ser propostas, podem dar lugar a controvérsias quanto ao modo de implementação. Aumentos de capital com o aporte de recursos novos e/ou conversão parcial de dívidas em capital, ingresso de novos acionistas, cisões, e incorporações e usufruto de empresa geralmente requerem cuidados especiais na preservação de posições existentes e de direitos adquiridos, tais como evitar que se produza a diluição injustificada de atuais acionistas, ainda que sejam titulares do direito de preferência à subscrição de aumentos de capital. Por isso mesmo, o uso de mecanismos de ajustes de participação, tal como é o caso do deságio, e a assunção de um novo acionista controlador ou integrante do grupo de controle sendo como o são as operações sofisticadas, exigem um enorme cuidado em sua implementação.⁸³

Observa-se que, durante a execução do plano, muitas controvérsias poderão surgir controvérsias, que necessitarão de solução ágil e eficaz. O autor supracitado afirma:

Não é possível se imaginar que o plano de recuperação apresentado em juízo contenha um grau de detalhamento tal que cada credor possa, de antemão, prever com razoável certeza os obstáculos que terá de enfrentar a partir da sua respectiva aprovação.

[...]

É justamente aí que se abre o espaço para o recurso à arbitragem no processo de recuperação judicial. Na medida em que, durante o período subsequente de dois anos para a implementação do plano de recuperação, pende sobre o devedor o risco de ver a recuperação judicial convertida em falência, caso descumpra qualquer obrigação por ele assumida, a solução de controvérsias surgidas por meio da arbitragem poderá afastar o risco de alegação de descumprimento de obrigações.⁸⁴

Logo, o seu pedido (fase postulatória) e a aprovação do plano de recuperação (fase deliberativa) se darão pela via judicial, por imposição legal, porém a arbitragem tem seu espaço na fase de execução do plano de recuperação.

Porém, apesar de não haver incompatibilidades aparentes na utilização da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes da execução do plano de recuperação judicial, a intervenção do Ministério Público no procedimento de recuperação, justificado pelo interesse público existente nesse procedimento, poderia afastar o procedimento arbitral.

Como antevisto, o papel do Ministério Público ultrapassa a simples condição de fiscal da lei, zelando este órgão pelo bom andamento da recuperação como forma de resguardar o interesse público da manutenção de empregos e da fonte produtora, e, ainda, o

⁸³ PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 2, n. 7, p. 87, out./ dez. 2005.

⁸⁴ Ibidem, p. 87/88.

cumprimento da função social da empresa em crise. A participação mais ampla do Ministério Público se dá em função de sua competência constitucional, devendo atuar, qualquer que seja a lide ou procedimento utilizado.

No entanto, os fins da recuperação judicial de empresa que justificam a intervenção do Ministério Público também estão presentes na recuperação extrajudicial de empresa, sendo que neste caso não há a previsão de intervenção do Ministério Público.

Veja-se que nas duas formas de recuperação de empresa aqui tratadas, há o interesse público na recuperação da empresa em crise. Porém, a diferença entre a recuperação judicial e a extrajudicial que justifica a intervenção do Ministério Público naquela, além da fiscalização criminal, são os procedimentos legais obrigatórios em contraposição aos benefícios da recuperação judicial.

Portanto, mantendo-se tais procedimentos legais, presentes principalmente na fase postulatória e deliberativa, não há como afastar a arbitragem da fase executória do plano de recuperação de empresas.

A arbitragem não é uma ferramenta para evitar a convolação da recuperação judicial em falência e sim uma forma mais eficaz e célere de dirimir conflitos decorrentes da execução do plano.

Logo, o Ministério Público cumprirá sua função de defender o interesse público presente na recuperação de uma empresa ao fiscalizar os procedimentos legais obrigatórios que se dão até a aprovação do plano e seu cumprimento, uma vez que uma controvérsia que surge em sua execução não significa o seu descumprimento.

4.3 Vantagens da utilização da arbitragem na recuperação de empresas.

A arbitragem em meio a uma recuperação judicial ou extrajudicial de empresas pode ser muito benéfica ao fim pretendido por esses procedimentos, veja-se os dizeres do professor Alberto Macedo:

É a busca da justiça sob medida, em que se possibilita às partes não só escolherem seus juízes, mas também fixarem prazo para o término do *processo arbitral*, selecionarem as leis que entenderem mais adequadas

como pano de fundo do julgamento arbitral, acolherem ou não o julgamento por equidade bem como preestabelecerem os custos do processo.⁸⁵

Extrai-se que no processo arbitral há uma liberalidade maior que no procedimento judicial, sendo possível realizar uma previsão do tempo e do custo a ser gasto numa lide. Essa previsibilidade é de suma importância em uma recuperação de empresas, ao passo que o passivo judicial será pré-definido e o tempo será delimitado pelas partes.

Veja-se que as partes que se submeterem à arbitragem poderão definir o procedimento a ser tomado e suas regras, evitando assim um sistema horizontal e vertical de recursos. Essa liberdade se dá em razão do princípio da autonomia da vontade que rege a arbitragem. Assim dispõe o professor Alberto Macedo:

[...] às partes é concedida a possibilidade de escolherem as regras de direito que vão ser aplicadas no processo arbitral. Essas regras de direito abrangem não só as de direito substancial, mas também as de direito processual; não só as de direito nacional, como também as de direito estrangeiro. Trata-se da mais pura aplicação da autonomia da vontade, visto que as partes podem estipular o manto de normas que cobrirá o julgamento da lide, limitada tal escolha apenas à não violação dos bons costumes e da ordem pública.⁸⁶

Outra vantagem do processo arbitral é a escolha do arbitro, de forma a concentrar numa pessoa, um especialista e um mediador, proporcionando-se uma solução mais acertada e técnica à lide que porventura surja.

Podem, ainda, definir o local, ou locais, onde as audiências e procedimentos arbitrais serão realizados, assim quem se deslocaria seria o arbitro. As partes terão então maior liberdade para cortar custos e dar celeridade ao procedimento de recuperação.

O processo arbitral não é a solução para a recuperação da empresa em crise, porém pode ser uma ferramenta para a consecução de tal objetivo.

⁸⁵ MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, Eduardo. et al. (coord). *Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 26-27.

⁸⁶ Ibidem, p. 28.

CONCLUSÃO.

O presente estudo abordou a recuperação de empresas, com ênfase na sua natureza, requisitos, procedimentos, órgãos e créditos submetidos a ela, tanto em sua modalidade judicial quanto extrajudicial.

A recuperação judicial deve ser obrigatoriamente pela via judicial, havendo a intervenção do Ministério Público, enquanto a extrajudicial não prevê a intervenção ministerial e nem a obrigatoriedade de se homologar o plano de recuperação em juízo.

O objetivo da recuperação de empresa é a manutenção da fonte produtora, de empregos e a quitação das dívidas da empresa em crise, resultando em um interesse público que qualifica a intervenção ministerial.

Passou-se, então, a análise das vantagens de se recorrer à arbitragem, os seus benefícios, constatando-se que essa é a “terra das liberdades”, de natureza extremamente privada, portanto bem combina com a recuperação de uma empresa.

Estudaram-se os pressupostos da arbitragem, sua natureza, o seu procedimento, a forma como é instaurada. Viu-se que para se instaurar um procedimento arbitral, as partes envolvidas devem firmar uma convenção de arbitragem, que pode ser uma cláusula compromissória e um compromisso arbitral.

Para firmar uma convenção arbitral, as partes devem ser capazes e o direito objeto da lide deve ser patrimonial e disponível. A capacidade sendo entendida conforme o Código Civil de 2002 e o direito patrimonial como aquele redutível a pecúnia e a sua disponibilidade significa que poderá ser alienado, transmitido, renunciado ou transacionado.

Afirmou-se que os custos do procedimento arbitral são previsíveis e determináveis, o que é de suma importância para a empresa em crise, que pode não apenas diminuir seus gastos como poderá determiná-los, prevê-los.

As partes, no procedimento arbitral, podem escolher o julgador, definir a lei processual e material aplicável ao caso, o tempo que se gastará com o processo e as suas despesas.

O estudo, com base doutrinária, enfrentou os problemas que surgiram em seu decorrer, em especial a compatibilidade entre os dois institutos abordados, se a recuperação de empresa não afastaria a arbitragem.

Os requisitos da arbitragem, pessoas capazes e direitos patrimoniais disponíveis, são preenchidos pela recuperação de empresa, uma vez que as partes presentes na recuperação cederam créditos à empresa em crise, portanto demonstraram capacidade, e como os créditos foram alienados, demonstrou-se a sua patrimonialidade e disponibilidade.

Porém, viu-se que alguns créditos não são disponíveis, especificamente as multas e as penas pecuniárias por infrações das leis penais ou administrativas. Logo, estes não são arbitráveis.

No entanto, o fato de haver direitos patrimoniais indisponíveis na recuperação de empresa não impede a utilização da arbitragem para solucionar conflitos dos demais créditos disponíveis.

A compatibilidade da recuperação judicial de empresa com a arbitragem poderia ser impedida uma vez que naquela atua o Ministério Público, indicando o interesse público presente.

Concluiu-se, no entanto, que o interesse público na recuperação judicial de empresas é amplo, e que o Ministério Público deveria intervir para garantir o bom cumprimento da lei como forma de se alcançar a recuperação da empresa em crise e satisfazer o interesse público.

O Ministério Público não atua na recuperação extrajudicial de empresas, e esta tem o mesmo interesse público que a recuperação judicial de empresas, sendo que naquela não há nem sequer a obrigatoriedade da homologação do plano de recuperação pela via judicial, podendo haver apenas um acordo entre partes, logo a atuação ministerial e o interesse público não impedem a arbitragem em meio a recuperação judicial de empresas.

Concluída a análise da compatibilidade dos dois institutos, estudou-se a abrangência que a arbitragem teria na recuperação de empresas.

A arbitragem não obriga àqueles que não aderiram à ela, em virtude da autonomia de vontades que rege o instituto. Portanto, a sua abrangência é limitada àqueles que concordaram com o seu procedimento, e tal adesão pode se dar na aprovação do plano de recuperação que inclua tal procedimento, configurando-se a cláusula compromissória, ou por acordo posterior a aparição de um conflito, tendo-se um compromisso arbitral.

A recuperação judicial de empresas só abre espaço para se utilizar a arbitragem em sua fase executória, de implementação do plano, logo os conflitos decorrentes dessa implementação é que vão ser objeto de arbitragem, tais quais fusões e alienações, dentre outras formas possíveis de recuperação.

Na recuperação extrajudicial, a abrangência da arbitragem pode ser maior, uma vez que o termo juiz, presente na Lei. 11.101/05, que homologa o plano de recuperação extrajudicial, pode incluir o juiz arbitral. Logo, o plano de recuperação extrajudicial homologado num juízo arbitral, só obrigaria aqueles que aderiram a arbitragem.

A homologação no juízo estatal, atingido o *quorum* mínimo, obriga inclusive aqueles créditos que não aderiram ao plano de recuperação extrajudicial. Portanto a homologação do plano pela arbitragem daria apenas executividade ao plano.

Veja-se que se todos concordarem com a homologação do plano pela via arbitral, mesmo que não concordem com ele, poderão ser obrigados, conforme o art. 163 da Lei 11.101/05.

De fato, a arbitragem é mais uma forma de ajudar a empresa em recuperação, é uma ferramenta para que se atinja esse objetivo, sendo uma boa opção se de fato for benéfica ao caso concreto, se não acarretar mais gastos, mais morosidade ou conflito.

Ao recorrer-se a arbitragem, busca-se a solução tempestiva de conflitos que possam surgir em meio à recuperação de empresa, o controle dos gastos procedimentais e uma atuação mais especializada do julgador que poderá ser escolhido.

Certo é que ainda há muitas discussões a respeito da utilização da arbitragem em uma recuperação de empresa, e poucos são os doutrinadores que estudaram tema, porém havendo união e colaboração das partes envolvidas para que se possa atingir o

objetivo da recuperação, poderá ser utilizado a arbitragem nesse procedimento. Esse é o maior problema em uma recuperação de empresa, a colaboração. Portanto a arbitragem deverá ser um meio apropriado ao acordo.

Portanto, aos empresários, fornecedores, comerciantes, que necessitam estar sempre atualizados e alinhados com novas idéias e soluções aos seus negócios, é dada essa sugestão, de forma a enaltecer o direito privado e as liberdades constantes deste procedimento, como alternativa à tutela estatal.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. A recuperação extrajudicial na arbitragem: uma nova opção para os empresários. *Justilex*, v. 7, n. 74, p. 64-69, jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.

_____. Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 29 agosto 2011.

_____. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 abril 2011.

_____. *Projeto de lei do senado nº 392/09*. Acrescenta o art. 3º - A e altera o *caput* do art. 59 da Lei nº 11.101/05. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=65348>>. Acesso em: 17 set. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: Um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Arbitragem e processo*: Um comentário à lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manual de direito comercial*: Direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LOBO, Jorge. Recuperação judicial de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org). *Recuperação de empresas*: Uma múltipla visão da nova lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, Eduardo. et al. (coord). *Arbitragem no Brasil*: Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACHADO, Rubens Approbato. Alterações da nova lei de falências e de recuperação das empresas. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 50, nov./dez. 2007.

_____. Rubens Approbato. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARZAGÃO, Lúcia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Caderno da pós-graduação em direito da UFPA*, v.7, n. 16, jan./jun. 2002.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 7, out./ dez. 2005.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Disposições preliminares: Aplicação da legislação, competência e intervenção do ministério público. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROQUE, Sebastião José. *Direito de recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2011.

TORRES, Antônio Carlos Esteves. Dos poderes do juiz na nova lei de falências. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p. 451-460, nov./dez. 2005.

ZANETTI, Robson. A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: aspectos gerais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 602, 2 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6382>>. Acesso em: 31 mar. 2011.